

DEVLET NİZAMI VE HUKUK

DEVLETLE HUKUK ARASINDAKİ MÜNASEBET ÜZERİNDE BİR İZAH DENEMESİ

Ord. Prof. Dr. Ali Fuad BAŞGİL.

FEZLEKE :

- 1 — Nizam fikri ve cemiyet hayatı 2 — İctimai kaideler ve Devlet nizamı
- 1 — Ferdî ve İctimai fiiller 2 — İctimai kaidelerin iki vasfı: a) İctimai kaideler objektiftir. b) İctimai kaideler mecburidir. 3 — İctimai kaideleri doğuran âmiller: a) Müsterek ihtiyaclar, b) Tarih ve zaman, c) Akıl ve iz'an, d) Mâneviyat. 4 — İctimai kaidelerin mecburiliklerinin menseli 5 — İctimai kaidelerin mecburilik bakımından tasnifi 6 — Kaidelerin tasnifinde tatbik edilecek miyar: a) Muhteva miyarı, b) Şekil miyarı, c) Müeyyide miyarı.
- 7 — Devlet nizamının umumî cemiyet nizamı içindeki yeri ve farikası.
- 8 — İctimai kaidelerin hukukileserek Devlet nizamına girmesinin sırrı —
Hülâsa ve netice.

Vaktiyle Duguit kapalı ve kaypak mânalar taşıyan (Devlet) kelimesinin hukuk ilminde sebep olduğu yanlışlıklar ve anlaşmazlıklardan acı acı şikâyet etmişti. Düşündükçe ve hukukun derinliklerine doğru yol aldıkça, büyük âlimin ne kadar haklı olduğunu daha iyi anlıyoruz. Tasavvur olunsun ki, bir etüd başlığında bile bu kelimeyi ayrı ayrı mânalarda kullanmak zorunda kalıyoruz. Filhakika yukardaki başlıkta tekerrür eden (Devlet) kelimesi aynı mâna ifade etmemektedir. «Devletle hukuk arasındaki münasebet..» tâbirinde, Devleti siyasi otorite mânasına aldığımız halde, «Devlet nizamı ve hukuk» tâbirinde, aynı kelimeyi siyasi cemiyet mânasına alıyoruz.

Kelimenin bu çapraşıklığını gözönünde tutarak, ileride tâbiri değişik mânada kullandığımız zaman buna ayrıca işaret etmek üzere, şimdilik Devlet kelimesinden «muayyen bir ülke üzerinde ve, hükümetle temsil olunan, üstün ve merkezî bir otoritenin hükmü altında, muayyen ve

muhtar bir nizama bağı olarak yaşayan insanlardan mürekkep en geniş bir camia» anlayalım¹.

Bu tarif üzerinde mutabık isek, nizam fikrinin Devleti teşkil eden unsurlardan biri olduğunda şüphemiz kalmaz. Filhakika Devlet adı verdiğimiz camiada göze çarpan şeylerden biri, maddî bir icbar kuvvetine dayanan ve ülke sınırlarile sınırlanan umumî ve muayyen vasıfta bir nizamın varlığıdır. Gerçi, şekli ve hacmi ne olursa olsun, her cemiyette zarurî olarak bir nizam yani bir disiplin örgüsü mevcuttur; fakat Devlet nizamı başka çeşit cemiyetlerde görülen nizamdan esaslı bir surette ayrılıp nev'ine hâs bir tip teşkil etmekte ve, netice itibarile, orijinal bir hukuk nizamı manzarası almaktadır.

Devlete mahsus olan bu nizamın mahiyeti nedir, farikaları nelerdir? Devlet otoritesile hukuk arasında nasıl bir münasebet ve bağılılık vardır? Aşağıdaki sahifelerde bu noktalara cevap vermeğe çalışacağız. Bu küçük etüdle, henüz karanlıklar içinde yüzen hukuk dünyamızın bir köşeciğini olsun aydınlatabilirsek, ne mutlu bize.

* * *

I

NİZAM FİKRİ VE CEMİYET NİZAMI

Nizam, bir bütünü vücade getiren parça ve unsurların birbirile örgülenip bağlanması ve birbirile insicamlı ve âhenkli bir tarzda hareket etmesi halidir. Bu hal fizik tabiatte (Causalité = illiyet) kanunile birbirine bağ'anan hâdiselerin muntazam ve mutarrit bir surette birbirini takip etmesi ve biri diğ'erne nisbetle illet ve netice rolü oynaması şeklinde zuhur eder ki, buna (tabiat nizamı) yahut (tabii nizam = ordre naturel) denir.

Dikkat edersek, kâinat baştan başa her zerresile böyle bir nizam içindedir. Bütün şeyler ve hâdiseler bir takım sabit ve muttarit kanunlara ve bu kanunlardan meydana gelen tabii bir insicama bağıdır. İnsanlar da kâinat içinde ve onun bir parçası olmak itibarile, hiç şüphe yok ki, bu âlemşümül nizamın hükmü altındadır. İnsan ferdi, bütün cisimler gibi, umumî fizik ve mekanik kanunlara ve, bütün canlı mahlûklar gibi de, biyolojik, fizyolojik ve psikolojik kanunlara tâbidir. İnsanlardan mürek-

1) Devlet kelimesi ve Devletin tarifi üzerine bakınız: Devlet nedir? A. Fuad Başgil, Hukuk Fak. Mecmuası, Cilt XII, Sayı 4, 1946, Sahife 981.

kep olan cemiyetler bile umumî iklim, fizik tabiat ve coğrafi vaziyet gibi tabii şartların tesiri altındadır.

Bununla beraber, insan, yaradılışında taşıdığı bazı orijinal hususiyetler sebebiyle, kâinat içinde kendi nev'ine mahsus ayrı bir yer işgal eder ve, bu hususiyetlerinden dolayı, tabiat kanunlarından başka bir takım kanunlara daha tâbi olarak yaşamak zorunda kalır. Yalnız, bu berikiler tabiat kanunlarından farklıdır. Bun'ar, ötekiler gibi, hâdiseler arasında illiyet tesis etmez; sadece insan iradelerine bir gaye tayin eder ve insan fiil ve hareketlerine muayyen bir istikamet çizer. Hülâsa bunlar (gaye kanunları = Lois Finales) dir, yahut daha iyi bir tâbirle (içtimai kaideler = règles socia'es) dir. Bu kanun yahut kaidelerin vücade getirdiği insicam ve ahenge de (cemiyet nizamı) veya (içtimai nizam = ordre social) denir.

İnsan niçin tabiat kanunlarından başka ayrıca bir de içtimai nizama ve birlikte yaşama kanun ve kaidelerine tâbi olmak zorundadır? İnsana kâinat içinde ayrı bir yer veren hususiyetler nelerdir? Hemen cevap verelim : çünkü insan içtimaidir, akıl ve irade sahibidir, nihayet insan mânev' bir mahlûktur. İşte insan ferdinin, diğer bütün varlıklara nazaran, taşıdığı hususiyetler bun'ardır ve bu sebep'e insan, kâinatın diğer zerrelere ayrılarak yaradılışına mahsus bir muhit, bir içtimai iklim içinde ve bir kaideler hâkimiyeti altında yaşamaktadır.

Fi'hakika insan içtimaidir. Yani birlikte yaşamağa ve birlik vakiasının icanlarından doğan kanun ve kaidelere tâbi olmağa mecburdur. Cemiyet insan için tabii olduğu kadar zarurî bir muhittir. Ve bu muhit kaide ve kanun fikrini bizzat müstelzendir. Yukarıda da işaret edildiği gibi, nizamsız bir cemiyet hayatı tasavvur bile olunamaz. İnsan'ar sürü halinde yaşadıkları en iptidaî devirlerde dahi, insiyakî de olsa, iyi kötü bir kaideye bağlanmıştır. Dikkat edersek, hayvanlar bi'e bir nevi cemiyet nizamına tâbi olarak yaşamaktadırlar. Bir arı kovanına, bir kuş yuvasına, bir karıncalığa bakınız. Bütün bu tabii cemiyetçikler bir ahenk ve intizam içindedir.

Fakat nizam ihtiyacı en yüksek ve mutlâk ifadesini bilhassa medeni insanda bulmakta ve medeni cemiyet hayatının üssüleasını teşkil etmektedir. Çünkü insan, hayvanlar gibi yalnız içtimai değil, hem de akıl ve irade kelimeleriyle ifade ettiğimiz üstün ruhî meleke'ere ve derunî enerji kaynaklarına maliktir. Akıl ve irade birer otonom ve orijinal kudrettir ki, insan bu sayede düşünebiliyor ve düşüncelerini fiil ve hareket haline koyabiliyor. Hareketlerinin iyisini kötüsünden ayırd edebiliyor ve bunların neticelerini önceden hesaplayıp görebiliyor. Fiil ve hareketlerini önceden tasarladığı bir maksat ve gayeye yöneltebiliyor.

Gerçi akıl veya iz'an dediğimiz kudretin mahiyetini bilmiyoruz. İlimimiz henüz, bir çok şeyleri olduğu gibi, bunu da izah edemiyor. Fakat gerek kendimiz ve gerek başkaları üzerinde hergünkü tecrübe ve müşahedelerimizle anıyoruz ki; insanda, normal olmak şartıyla, bir temyiz kudreti, bir muhakeme melekesi, eşyaya ve hâdisata mâna verme, fiil ve hareketlerini önceden hesaplama hassası vardır. Bu hassa ve kudrettir ki, insanın büyüklüğünün olduğu kadar aczinin ve ıztırabının da kaynağı olmuştur. «Ya dünyaya gelmeseydim veya aklım olmasaydı» sözü bu ıztırabın belliğ bir ifadesidir.

İrade nedir? Bu bir muhtar kudret midir? İnsan tam bir irade istiklâline sahip midir? Yoksa irademiz, netice itibariyle, fizik ve ruhi teşekkülümüzün, irsî ve içtimai bünyemizin mahsulü müdür? Bunu da lâyıkiyle bilmiyoruz. Kimi iradenin istiklâline ve otonom bir kudret olduğuna, kimi de tamamıyla bünyevî, irsî ve içtimai tesirlere ve şartlara bağlı olduğuna kanidir. Bu uzun bahsin münakaşası bizim mevzuumuzun dışında kalır. Meselenin münakaşasından çıkacak şu veya bu şekildeki bir netice hukuku yakından alâkalandırmaz. Biz yine tecrübe ve müşahedelerden öğreniyoruz ki, insan resen dileyebilir. Derunî veya haricî bir engele rastlamadıkça dileğine göre hareket edebilir. İnsan başkalarının iyiliğini veya kötülüğünü istiyebilir. İyi niyetle hareket edip başkalarına faydalı olabildiği gibi, kötü niyetle de hareket ederek etrafındakilere zarar verebilir. İnsan fiilleri derunî bir enerjinin harice çıkmasından ibarettir. Fiillerimizin mevzuu iyilik veya kötülük olabildiği gibi, insan bunu önceden düşünüp takdir de edebilir. Bir masumun canına kıyan katil —eğer ruhi bir hastalığa tutulmamış ise— bu fiilin neticesini önceden görüyor ve biliyordur. Bir âcize yardım elini uzatan da bu hareketin iyiliğini takdir ediyordur.

İlave edelim ki, akıl gibi irade de insan oğluna mahsus bir imtiyazdır. Gerçi hayvanda da idrak ve iradeye benzer bir kuvvet müşahede edilmektedir. Fakat hayvandaki irade insiyaklar, görenek ve alışkanlıklar hududundan öteye geçememektedir. Bir hayvanın iradeli gibi görünen hareketleri, insanda olduğu gibi, bir şuur ve tefahhusun aydınlığıyla zuhur eden hareketler değildir. Bunlar çok kere haricî tesirler altında, kısmen de irsî ve iktisabi itiyatlar halinde zuhur eder. Fakat insan, tekrar edelim ki, içinde taşıdığı mânevî bir kudretin haricileşmesi yani fiil ve hareket haline geçmesi şeklinde tezahür eden bir «düşünme» ve «dileme» melekesini haizdir. Bu iki meleke sayesinde ki insan, hareketlerini, tasavvur ettiği bir gayeye tevcih edebildiği gibi, iradesini iyilikte kullanmak için derunî bir cehd sarfettiği takdirde, bir çok insiyaklarını ve kötü hal ve itiyatlarını da tâdil ve ıslah edebilir. Bütün

ahlâk ve hukuk, müşahedelerin öğrettiği bu hakikate ve bu tecrübi kanaate dayanmaktadır.

İnsandaki akıl ve irade melekeleri onda daha orijinal diğer bir hususiyet ve meziyet yaratmıştır ki, bu da insan ferdinin mânevî = moral oluşudur. İnsan yalnız şuur sahibi içtimai bir varlık değil, hem de bilhassa mânevidir. Yâni gönlünde iyilik, insanîlik ve adalet duyguları taşıyabilen, iyiliği arzu edebilen ve doğruluğu sevebilen bir mahlûktur. İnsan, akıl ve muhakeme kuvvetiyle iyiyi, temizi ve güzeli tanıyıp ayırdetme imkânına; iradesiyle iyiliği, temizliği ve güzelliği sevmeye ve isteme kabiliyetine, nihayet bu imkân ve bu kabiliyet sayesinde de gönlünde yüksek insani ve ahlâkî duygular ve ülküler taşıyabilme kudretine maliktir. İnsan, şahit olduğu bir hareket ve hâdiseye sadece seyirci kalmaz, hattâ sadece iyidir veya kötüdür, gibi bir hüküm verip geçmez; iyiliği iltizam eder, onu benimser ve müdafaa eder. Fiil ve münasebetlerin iyilik ve doğruluk esasına göre nizamlanmasını arzu eder ve içinden ister.

* * *

İnsan yaradılışının gösterdiğimiz bu hususiyet ve meziyetleri gözönünde tutulunca, insanların tabiat nizamı içinde ve âdeta bu nizamın bir devamı şeklinde ikinci bir nizama daha bağlanmak zorunda oldukları kolayca anlaşılır. İçtimai dediğimiz bu nizam sayesinde ki, insan için en tabii yaşama muhiti olan cemiyet tahakkuk ve devam edecektir. Herkes keyfine göre değil, kaideye göre muayyen istikametlerde yürüyecek, fiil ve hareketler birbirini nakzetmeden ve birbiriyle çarpışmadan yolunca gidecek, ferdî ve müsterek ihtiyaç ve menfaatlerin temini imkân dairesine girecektir.

Yalnız şuna dikkat edelim ki, içtimai nizam mefhumu bütün içtimai fiil ve münasebetleri kucaklayan geniş bir mefhumdur. Devlet nizamı ise, esasında ve mahiyeti itibarıyla içtimai bir nizam olmakla beraber, bu geniş mefhum içinde muayyen ve hususî bir yer işgal eder ve bazı farikalarla umumî cemiyet nizamından ayrılır. Ne ile ve nasıl? Şimdi bunu görelim.

II

İÇTİMAİ KAİDELER VE DEVLET NİZAMI

İçtimai nizamın mevzuu, şuur ve irademizin tezahürü demek olan fiil ve hareketlerimizdir. Fakat hepsi değil. Her fiil ve hareketimiz, irademiz eseri de olsa, cemiyet nizamına girmez. Ve cemiyet nizamına

giren her fiil ve hareket de Devlet nizamına girmez. Cemiyet nizamı, umumî tabiat nizamı içinde hususî bir yer işgal ettiği ve ondan ayrıldığı gibi; Devlet nizamı da umumî cemiyet nizamı içinde kendine has bir yer işgal eder ve ayrılır. Bu yerleri ve ayrılış noktalarını görmek için fiil ve hareketlerimize dikkatle bakalım.

1 — Ferdî ve içtimai fiiller

Nizam bahsinde iradesiz fiilleri geçelim. Bir akıl hastasının yahut ikraha maruz kalmış bir kimsenin hareketleri hukuk nazarında tıpkı bir hayvan işleri gibidir. Hukukun asıl mevzuu iradeli fiillerdir. Dikkat edersek, bu kabil fiillerimiz, hasıl ettikleri eser ve neticeye göre, başkalarını ilgilendirip ilgilendirmemeleri itibariyle ya ferdî veya içtimaidir.

Ferdî fiillerimiz başkasını alâkalandırmayarak neticesi şahsımıza münhasır kalır. İçtimai fiillerimiz ise başkasını alâkalandırır ve hasıl ettikleri eser, sırf şahsımıza inhisar etmiyerek, başkalarına da geçer. Meselâ, odamda kendi başıma yemek yeme fiilim; evimi süpürüp temizleme, kırdada yalnız başıma gezinme fiillerim ferdîdir. Fakat bir lokantada ve müşterek bir masada başkalarıyla birlikte yemek yeme fiilim; evimin süprüntüsünü kaldırıp soğaka atma, başkalarıyla görüşüp konuşma, arkadaşlık etme, alacaklı ve borçlu olma, alış veriş etme gibi fiillerim artık ferdî değil, içtimaidir. Çünkü bunlar başkalarını alâkalandırmakta, benimle başkaları arasında mânevî bir alâka ve bağ vücade getirmektedir. İçtimai olan fiiller hukukta ayrı bir isim almakta ve bunlara, yerine göre, kâh «münasebet=rapport», kâh «muamele=acte» denilmektedir. İşte cemiyet nizamına tâbi olan fiillerimiz, bir nevi münasebet veya muamele teşkil eden, yâni bir kelime ile içtimai olanlardır.

Şuna dikkati çekelim ki, ferdilik ve içtimailik fiilin mahiyetinde değil, icrası tarzında, zaman ve mekânındadır. O suretle ki aynı bir fiil, icrası tarzına, mahalline ve zamanına göre bazan ferdî, bazan da içtimai olur. Meselâ filân tarihte sırf ferdî sayılan ve cemiyet nizamına girmiyen bir fiil, bugün içtimai telâkki olunur ve bir kaideye bağlanarak cemiyet nizamına sokulur. Yahut bunun aksine, eskiden içtimai sayılan bir hareket, bugün sayılmaz ve cemiyet nizamına girmez. Yine bunun gibi, bir yerde işlenen bir fiil ferdî sayıldığı halde, aynı fiil başka bir yerde işlendiği takdirde içtimai sayılır. Kırdada yalnız başıma gezinme ile çarşıda pazarda gezinme fiillerim gibi. Zaman ve mekân farkından sarf-nazar, fiilin icrası tarzı da ferdilik ve içtimailik miyarı olur. Meselâ evimde radyomu açıp dinleme fiilim ferdîdir. Fakat düğmeyi fazla çevi-

rerek komşumu rahatsız edecek tarzda çalmam artık ferdi değildir². Hülâsa, bir fiilin ferdi veya içtimai olması mahiyetinde değil; fiile inzıam eden harici bir sebepte, telâkki ve ihtiyaçtır. Telâkki ve ihtiyaçların temevvüçlerini takiben aynı bir fiil kâh ferdi ve kâh içtimai oluyor ve ona göre hüküm alıyor. Bu temevvüçler gözönünde tutulmak şartıyla, herhangi bir fiilin ferdi veya içtimai olmasının miyarı, dediğimiz gibi, başkalarını alâkalandırıp alâkalandırmaması ve içtimai muhitte bir tesir ve netice husule getirip getirmemesidir.

2 — İçtimai kaidelerin iki vasfı

Ferdi fiilleri yâni neticeleri sırf faile inhisar edenleri geçelim. Bunlar hukukçu ve içtimaiyatçıyı alâkadar etmez; sırf şahsi terbiye ve zevk işi kalır. Biz fiillerden içtimai olanlarını ele alalım. Hukuk ve Devlet bahsinde enteresan olan bunlardır.

İçtimai vasfı alan bütün fiil, hal ve keyfiyetlerimiz bir takım kaidelere tâbidir. Hiç bir münasebet ve muamele yoktur ki, az çok bir kaideye bağlı olmasın : müşterek bir sofrada yemek mi yiyeceğiz? Bir takım içtimai edeb kaidelerine tâbi olmağa mecburuz. Aksi halde, etrafımızdakiler göz ucuyla bize bakar; bizi işaret ederek fısıldaşır ve bizi ayıplar. İnsan içine mi çıkacağız? Yaşımıza başımıza, mesleğimize ve içtimai mevkiimize göre giyinmeğe ve hareket etmeğe kendimizi mecbur sayarız. Aksi takdirde acı istihzalar ve istiskallerle karşılaşırız, yahut karşılaşmaktan çekiniriz. Birinden borç mu alacağız? Vaktinde ve konuşulan şartlar dairesinde ödemeğe mecbur oluruz. Hülâsa en küçük ve en ehemmiyetsiz gibi görünen münasebetlerimiz bile birer kaideye tâbidir ki, bunların heyeti umumiyesi içtimai nizamı vücade getirir.

2) İçtimai bağlılığın kuvvetlendiği ve inkışaf ettiği memleketlerde, ferdi olanlara nisbetle, içtimai fiiller daha çok geniş bir sahayı kaplar. Medeniyette ilerliliğin bir bakımdan miyarı da budur. Bir cemiyetin medeniyette ilerlemesi demek, ferdlere fikir, fiil ve hareketlerle her bakımdan içtimailleşmesi demektir. Geri cemiyetlerde ferdlere arasındaki münasebetler hem seyrek ve mekanik, hem de zayıftır. İleri cemiyetlerde ise ferdi, sanki bir sel içindeki kum daneleri gibidir. Onu içtimailik her taraftan sarıp bağlamıştır.

Dikkat edilirse, ferdi veya içtimai vasfı alan yalnız fiil ve hareketlerimiz de değildir. Hal ve keyfiyetlerimiz bile bu vasıfları almaktadır. Meselâ hasta olmak ferdi bir haldir. Fakat sarı bir hastalığa tutulmak içtimaidir. Bugün modern cemiyet hayatı, âdeta örümcek ağı gibi bir münasebetler manzumesi halini almıştır. Bugün ferdi, örümcek ağına konan hayvancık gibi, münasebetler hayatı ve nizamı içindedir.

Bu kaideler içtimaîdir ve bir zamanda, muayyen bir memlekette mevcut münasebetlerin ölçüsü ve terazisi mesabesinde. Fiil ve hareketler bunlarla ölçülüp tartılır. Bunlara içtimaî kaide ve vücuda getirdikleri nizama içtimaî nizam denilmesi de bundan dolayıdır. Robenson gibi kendi başına yaşayan bir insan farzederseniz, o insan için bu türlü kaidelerin varlığının sebebi ve mânası kalmaz. Halbuki en küçük hadinde, meselâ, bir karı ve bir kocanın bir araya gelmesi şeklinde bile bir cemiyet vâkiası düşünürsek; bu kaidelerin varlığı bir zaruret arzeder. Çünkü tabiat maddelerin ve hâdiselerin tâbi olduğu kanunlar ne ise, cemiyet hayatında insanların tâbi olduğu yahut olması lâzım geldiği içtimaî kaideler de takriben odur. Tabiat kanunları gibi, bunlar da objektif ve mecburidir.

a) *İçtimaî kaideler objektiftir:* Yâni bizim ferdî, sübjektif ve derunî varlığımızdan hariç ve dış âlemden mevcut şeyler gibidir. Gerçi bu kaideler, iradeler arasındaki münasebetleri tanzim eder ve, tabiat kanunları gibi, mekanik değildir; bilâkis, bunlar şuur vasıtasıyla müessirdir. O suretleki şuarsuz veya şuru tam inkişaf etmemiş bir insan için, meselâ bir akıl hastası veya küçük bir çocuk için, bu kaidelerin varlığı ile yokluğu müsavidir. Bununla beraber, içtimaî kaideler açık bir objektiflik arzederler. Şu mânada ki, sanki bunlar bize yabancı birer tabiat kanunu imiş gibi irademize hariçten bir taztik icra eder ve mukavemet gösterir ve bizim sübjektif reaksiyonumuza karşı kuvvetle direnir. Yaşına başına göre hareket etmeyen ve acayip bir kıyafetle insan içine çıkan kimse, bir gülüşme ile karşılaşır. Bu hale sinirlenip reaksiyon göstereyim derse, gülüşme kahkaha halini alır. Gülüşme veya kahkaha, ihlâl edilen bir kaidenin mukavemeti yahut müeyyidesidir ki, bu kaide (yaşına başına göre giyinip insan içine çıkacaksın» şeklinde ifade edilir.

İçtimaî kaidenin bu objektifliği ve mukavemet hassası nereden geliyor? Niçin ve nasıl bu kaideler ferdî reaksiyonlara ve yan çizmelere karşı mukavemet göstermektedir? Çünkü evvelâ bu kaideler bizim ferdî varlığımızı aşan şeylerdir. Bunların pek çoğu bizden evvel yapılmış ve cemiyette yerleşmiştir. Her birimiz dünyaya gelip de etrafımızı görür ve anlar olduğumuz zaman bunları yapılmış buluyor ve evden, mektepten başlayarak bütün hayatımız boyunca bu kaidelere riayete alıştırıyoruz. Evde annemiz, babamız ve yakınlarımız bize bu kaidelerin ilk hocalığını yapıyor. Oğlum, öyle yapma ayıptır, başkasının şeyine el uzatma günahdır... Gibi ana baba sözlerini daha ilk yürümeğe başladığımız günlerden itibaren işitiyoruz. Mektepte hocalarımız bize bunları daha rasyonel bir surette öğretiyor. Nihayet hayata atıldığımız zaman, münasebetlerden

doğan zaruretler, bize, tâbi olmamız gereken kaideleri fiili ve tecrübi bir surette gösteriyor. Bugün büyük bir şehirde nereye gitseniz ve ne yapsanız bir çok kaide ve yasaklarla karşılaşılıyorsunuz.

Saniyen, bu kaidelerin objektifliği bunların bizim şahsan kendi eserimiz olmayıp, müşterek bir varlıktan neşet etmesinden, müşterek hayat ve şuurun mutaları olmasından ileri gelmektedir.

b) *İçtimai kaideler mecburîdir* : İçtimai kaidelerin öbür vasfı da mecburîliğidir. Filhakika hepimiz kendimizi bu kaidelere riayete mecbur sayarız. Ya ayıplanmaktan çekiniriz, veya vicdanımızın elem duymasından korkarız, yahut da haricî bir kuvvetin üstümüzde maddî veya mânevî bir tazyik icra edip bize azap çektireceğini düşünür de içtimai hayatın kaidelerine uymağa ceht ederiz. Eğer uymaz da kaideye aykırı bir harekette bulunursak, bu hareketimiz içtimai muhitte bir infial husule gelir, bir reaksiyon, bir kıvılcıktan doğurur. Kaideye aykırı fiilimiz, âdeta durgun bir suya atılan bir taşın hasıl ettiği dalgacıklar gibi muhitte akisler yapar.

Bu mecburîlik içtimai kaidelerin hepsinde vardır. Hiç bir kaide görülemez ki, az çok bir mecburiyete dayanmasın. Şu kadar ki mecburiyet, her kaidede aynı bir ehemmiyet ve kuvvette değildir. Bazılarında mecburîlik çok kuvvetli, bazılarında hafif, daha hafiftir. Meselâ vapurda, tramvayda, lokanta veya kahvede, hülâsa insan içinde konuşmanın bir usulü ve kaidesi vardır. Sese lâzım gelen tonu ve bir yükseklik derecesi verme ve bu dereceyi geçmeme bir içtimai edeb kaidesidir. Böyle bir yerde acaip bir tonda konuşma sesleri duyulduğu zaman, herkes uykudan uyanır gibi bir vaziyet alır. Başlar sesin geldiği tarafa çevrilir ve nihayet, terbiyesi noksan bir adam konuşuyor, denir, oturulur. Fakat farzedelim ki, bu acaip ses, bir imdat sesi olsun. Birinin «can kurtaran yok mu?» diye bağırdığı duyulsun. Herkesin birden yerinden fırladığı ve sâkin muhitin bir an içinde velveleye boğulduğu; vurun, tutun sesleri arasında birinin yaka paça edildiği görülür. Burada biri içtimai edeb kaidesine, diğeri de hukuk kaidesine aykırı iki hareket vâki olmuş ve iki kaideye tecavüz edilmiştir. Kaidelerden birini «insan içinde edebli konuşacaksın», diğeri de «kimsenin canına kasdetmiyeceksin» şeklinde ifade edebiliriz. Birincinin ihlâlinde yalnız kulak kabartıldı ve başlar geriye çevrildi. İkincinin ihlâlinde ise, ortalık velveleye boğuldu. İşte şu iki halin her ikisi de, netice itibariyle, içtimai muhitin birer reaksiyonu ve kaidelerdeki mecburîliğin birer nevi zuhurudur.

Dikkat edilirse, içtimai kaideler bu objektif ve mecburî vasıfları ile tabiat kanunlarına çok yaklaşmaktadır. Çünkü onlar da, tabiat kanunları

gibi, irademize hariçten bir tazyik ve tesir icra etmekte, bir mukavemet göstermekte ve bizi kendilerine riayete zorlamaktadır. Düşmemek için muvazene kanununa riayete mecbur olduğum gibi, «kimsenin canına kıymıyacaksın» kaidesine de uymağa mecburum. Muvazene kanunu beni delice yürümekten menettiği ve sağıma soluma dikkate davet ettiği gibi «başkasına zarar vermiyeceksin» kaidesi de beni düşüncesiz hareketlerden menetmekte ve irademe bir istikamet çizmektedir.

Bu yakınlığa bakarak içtimaî kaideleri birer biyolojik kanun sayanlar ve hukukun olduğu kadar ahlâkın de köklerini biyolojide arayanlar vardır³. Fakat bizce içtimaî kaidelerle tabiat kanunları arasında aynılık değil, sadece bir benzerlik vardır. Çünkü bir kere bunlar, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, iki ayrı âlemin hayat ve münasebetlerine taallûk eden şeylerdir. Saniyen hususiyle tabiat kanunları illî = causal'dır. Bunlar illî bir lüzum ifade eder. Halbuki içtimaî kaideler illiyet ifade ve ihtiva etmez; sadece fiil ve hareketlere gaye tayin eder ve direktif verir. Bunlar da sebep - hâdise ile illet - hâdise arasındaki irtibat illiyet = causalité değil; sadece gaiyet = finalité'dir. Fikri bir misal ile aydınlatalım ve Ceza Hukukundan meselâ «kasden adam öldüren idam olunur» gibi bir kaide alalım. Farzedelim ki, bir katil hâdisesi vaki olmuş ve kaatil idama mahkûm edilerek asılmıştır. Burada iki hâdise var : Biri kasden adam öldürme, diğeri de katilin idamıdır. Bu iki hâdise arasındaki bağılılık, âşikâr ki, illiyet değildir. İdama mahkûm olanın ölmesinin illeti, kasden adam öldürmesi değil, boynuna takılan ipin nefesini kesmesidir. Gerçi illet ve illiyet kelimelerini geniş mânada almak ve illiyeti bir takım derecelere ayırmak suretiyle, idam olunan kaatilin ölmesinin illeti, kasden adam öldürmesidir, denilebilir. Fakat bu takdirde buradaki illet artık (müessir illet = cause efficiente) olmaz; (illeti gaiye = cause finale) olur. Halbuki, meselâ, hararete maruz kalan madenler inbisat eder denildiği zaman, burada neticeden ibaret olan inbisat hâdisesinin vukua gelmesinin müessir illeti, kanunun formülünde mevcut olan, diğeri bir hâdise yâni hararettir. Tekrar edelim ki, içtimaî kaideler birer gaye kanunudur. Yani bunlar cemiyet içinde yaşayan insan fiil ve münasebetlerine gaye tayin eder, iradelere istikamet çizer ve direktif verir. Bu sayede cemiyetin sulh ve sükûn içinde devamını temine yönelir.

³) Umumiyetle uzviyet nazariyecileri bu yoldadır. Bu nazariye üzerine bakınız: Esas Tes. Hukuku Dersleri, 1 inci kitap, Hak Kitabevi, Merhum Âkil Muhtar da Ahlâkın biyolojik esaslara dayandığına kâildir. Bakınız: İlim Bakımından Ahlâk, 1942, Ahmet İhsan Matbaası.

İçtimaî kaidelerle tabiat kanunları arasında tesir ve tazyik noktasından da mühim fark vardır. Gerçi bunların her ikisi de müessirdir ve tazyik edicidir. Ancak tabiat kanununun müessirliği ile içtimaî kaidenin müessirliği aynı derece ve tarzda değildir. İçtimaî kaide şuur ve irade sahibi bir süjeye bir iş ve bir hareket yapıp yapmama hususunda bir emir ve kumanda verir, yol gösterir ve bir nevi hareket tarzı tayin eder. Fakat bu hareketi yapıp yapmamak, kaidenin gösterdiği yolda yürüyüp yürümemek ferdin iradesine bağlı kalır. O suretle ki, kaidenin emrini yerine getirmemeğe ve gösterdiği istikamette yürümemeye karar vermiş bir kimseyi yürütmeğe imkân yoktur. Tâ ki şuuru muhtel, iradesi münselib ola. Halbuki tabiat kanunlarının tesir ve tazyiki böyle değildir. Meselâ bir cazibe kanununa tâbi olup olmamak elimizde ve ihtiyarımızda değildir. Bu farkı ifade için, içtimaî kaideler (emredici = impé- ratif) ve (mecburî = obligatoir) dir. Tabiat kanunları ise (zarurî = nécessaire) dir, denilir. Berikler zarurîdir, çünkü bunlar ya bizzat ve binnefs müessir (efficace) tır. Halbuki içtimaî kaideler müessirliğini ve (muteberliğini = validité) haiz olduğu tazyik ve icbar kuvvetinden ziyade, ikna ve telkin kuvvetinden yâni inan ve imandan alır. İdamı göze alan yahut idamdan kurtulmayı ümit eden katil «kimseyi öldürmiyeceksin» hükmüne aykırı hareket ederek öldürebilir. Çünkü, diyoruz, bu kaidenin müessirliği, tabiat kanununda olduğu gibi, zatında mündemiç değil; zatından hariç ve müeyyide şeklindeki diğer bir hükümdedir. «Kimseyi öldürmiyeceksin» kaidesinin müessirliği «şayet öldürürsen idam olunacaksın» yolundaki ihtarda ve idam müeyyidesindedir. Öldürmeğe teşebbüs eden kimse, bu ihtarı ve müeyyideyi düşünerek kendini katil fiilinden çekebilir. Görülüyor ki, içtimaî kaidenin müessirliği şuur tarihiyle ve tasavvur vasıtasıyledir. Bunlar akla ve iradeye hitap eden hükümlerdir. Yukarıda da kaydettiğimiz gibi, bunlar akıl ve irade sağ- lık ve ehliyetinden mahrum olanlar için hiç bir şey ifade etmez. «Kimseyi öldürmiyeceksin, şayet öldürürsen asılacaksın» kaidesi bir tımarhanelik için mânası olmıyan bir şeydir. Bundan dolayıdır ki, cezada ve umumiyetle hukukta ve ahlâkta akıl ve irade sağlığı ve ehliyeti mesu- liyetin başta gelen şartıdır. Çünkü, tekrar edelim, hukuk ve ahlâkın, daha umumî bir tâbir ile içtimaî kaide ve nizamın müessirliği ve mec- buriliği bunların zat ve mahiyetlerinde değil; taakkul ve tasavvurla- rındadır.

Nihayet bu iki zümre kaide ve kanun arasında son bir fark da şura- dadır : tabiat kanunları vâkii, reeli ve «olanı» ifade eder. Bunun içindir ki bu kanunlar hal sigasıyle formülendir. Meselâ cisimler düşer, hararet karşısında madenler inbisat eder, deriz ve bununla sadece birer vâkıa

haber vermiş ve ifade etmiş oluruz. Halbuki içtimaî kaidelerde iş böyle değildir. Bunlar vâkii ve olanı değil «olması lâzım geleni» ifade eder ve emir sigasıyla formülendir. «Yalan söylemeyeceksin», «kimseye zarar vermeyeceksin» kaideleri, netice itibariyle, söylememekliğin, vermemekliğin lâzımdır, demek olur. Görülüyor ki, bir tabiat kanununun formülüyle bir vâki ifade ettiğimiz halde, içtimaî kaide ile bir lüzum ve mecburiyet ifade ediyoruz. Vâki ve realite tabiat kanununa aykırı cereyan edemez; içtimaî kaideye aykırı cereyan edebilir. Kaideye rağmen yalan söyleyen ve zarar veren vardır⁴.

İçtimaî kaidelere bu mecburîlik nereden geliyor? Bunlar emir ve cebredici kuvvetlerini nereden alıyor? Bu oldukça derin ve çapraşık noktaya gelmezden önce, bu kaideleri doğurup vücuda getiren kuvvet ve faktörleri aramak lâzım gelir. Bu faktörleri görür ve anlarsak, kaidelere mecburîliğin nereden geldiği kendiliğinden meydana çıkar.

* * *

3 — İÇTİMAÎ KAİDELERİ DOĞURAN ÂMİLLER

Biz burada uzun ve çetin doktrin münakaşalarına girişmeyeceğiz. Sırf müşahedeler üzerinden giderek diyeceğiz ki, cemiyet hayatının kaideleri ne ot gibi yerden biter, ne bir veya bir kaç kişinin kafasından çıkar, ne de kudret helvası gibi göklerden iner. Bunlar ihtiyaç ve münasebetlerden doğar ve mecburîliklerini de ihtiyaç ve münasebetlerde esasen mevcut ve saklı bulunan kuvvetlerden alır. Gerçi bir memleketin hayat ve münasebetlerini yapıp yuvuran ve bunları sevk ve idare eden kuvvetler çok muhtelif ve mütenevvidir; fakat bunları derleyip toparlayıp dört ana kuvvete irca etmek mümkündür. Bunlar müşterek ihtiyaçlar, müşterek tarih, akıl ve mâneviyattır.

a — *Müşterek ihtiyaçlar*: Bir memleketin içtimaî kaidelerini doğuran ilk ve kuvvetli faktör filhal duyulan reel ihtiyaç ve zaruretlerdir. Muayyen bir memleketin, muayyen bir zamandaki kaideleri maddî veya mânevî birer nevi müşterek ihtiyacın ifadesidir. Herkesin canından ve malından emin olarak yaşamağa aynı derecede ve şiddetle ihtiyacı vardır. Binaenaleyh bu ihtiyaç müşterektir. Ve bu müşterek ihtiyaç, riayeti müştereken mecburî bir kaide doğurmuştur ki, o da «kimsenin canına

⁴) Bu fikirler üzerine bakınız ve mukayese ediniz: Prof H. Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1926, sah. 562 ve müte.

ve malına el uzatmayacak» kaidesidir. Bu kaide her ferdin müşterek bir surette ve aynı bir ehemmiyet ve şiddette duyduğu derin bir ihtiyacı ifade eder. Bu kaidenin kuvveti ve müeyyidesinin şiddet ve ehemmiyeti, âşikâr ki, tercüman olduğu ihtiyacın kuvvet ve şiddetinden gelmektedir. Bunun gibi, diğer bütün içtimai kaideler de âmir ve mücbir karakterlerini, her şeyden evvel, ifade ettikleri müşterek ihtiyacın kuvvetinden almaktadırlar. Bugün Türkiyemizde mer'î olan umumî ve mecburî askerlik mükellefiyeti kaidelerini alalım. Şüphe yok ki, bu kaide hudutlarımızın müdafaası ve millî câmianın selâmeti zaruretinden doğmuştur. Bu kaideyi bir şahıs, bir makam veya bir meclis icat etmiş değildir. Bunu bugün dünyanın içinde bulunduğu milletlerarası münasebet şartları ve bu şartlar karşısında, Türkiyemizin vaziyeti dikte etmiş ve nihayet salâhiyetli bir makam da kaideyi kanunlaştırmıştır. Şu halde bu kaideye aykırı hareket eden, yani askerlikten kaçan bir kimse, memleketin müşterek müdafaa ihtiyacını temin hususunda hissesine düşen borcu ödemekten kaçmaktadır. Bunun için, ağır bir ceza ile karşılaşacaktır. Yine meselâ, umumî, müsavi ve mütenasip vergi mükellefiyeti kaidemiz de böyledir. Bu da memlekette başarılması lâzım olan âmme hizmetlerinin ifası ihtiyacından doğan bir kaidedir. Deminki gibi bunun da kuvveti ve mecburiliği, tercüme ettiği müşterek ihtiyacın kuvvet ve şiddetinden neşet etmektedir. Gayet tabii : üç kişi gözönüne getiriniz ki, ormanda kesip devirdikleri ağır bir kütüğü kaldırıp arabaya yüklemek için işbirliği yapmış olsunlar. Ortada yapılacak bir iş var : kütüğün arabaya kaldırılması. Bunun için de üç kişiden her biri kendi kuvvetini diğerleriyle sıkı sıkıya birleştirmeğe aynı derecede ihtiyacı vardır. Aksi takdirde hem kütük kalkmaz, hem de kütük altında kalıp ezilme tehlikesi mevcut. Şu halde kuvvetleri birleştirme bu üç kişi arasında müşterek bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç muayyen bir hamle ve hareket kaidesi doğurmuştur ki, bu da kuvvetlerin birden ve aynı zamanda, aynı bir hızla harekete geçmesidir. Âşikâr ki bu kaideyi müşterek bir gayretle ağır bir cisim kaldırmaktaki müşterek ihtiyaç ortaya çıkarmıştır. Dikkat edersek, bu bakımdan içtimai kaideler Montesquieu'nün dâhice söylediği gibi (De l'esprit des lois, Civ. I. ch. I) hâdiselerin sevkiyle tekevün eden ve münasebetlerin tabiatından doğan bir nevi zarurî kanunlardır.

b — *Tarih* : İçtimai kaidelerin tekevvinde rol oynayan bir diğer kuvvet de zaman ve bunun içtimai ifadesi olan tarihtir. Bu noktaya vaktiyle tarihî mektepciler ve bilhassa bu mektebin şeflerinden sayılan Frederic Charles de Savigny dikkati çekmiş ve bir memleket hukukunun ve içtimai müesseselerinin serbest irade eserleri olmadığını; bilâkis bun-

ların tarihî vukuatın teknesi içinde zaman yumruğıyle yuvrulmuş bir takım mazî mirasları olduğunu ileri sürmüştü.

Hayat ve cemiyet meselesinde irade ve zekânın rolünü inkâra ve, buna mukabil, zaman faktörünü mabutlaştıracak kadar mübalâgaya gitmemek şartıyla bu görüşte hakikat vardır. İçtimai kaide ve müesseselerden bir kısmının, tıpkı lisan ve millî karakter gibi, bir memleket halkının insiyakî temayüllerinden doğup tarihî vukuat içinde ve müşterek ihtiyaçlar karşısında tekâmül ve inkişaf ettiği inkâr olunamaz. Örf ve âdetlerin teşekkülünde zaman faktörünün rolü âşikârdır. Ve bidayette bunlar birer nevi ihtiyacı karşılayan kaidelerdir. Yalnız şu var ki, örf ve âdetler, müşterek hareket tarz ve itiyatları, başlangıçta bir nevi ihtiyacı ifade etmekle beraber; zaman geçtikçe menşelerindeki hikmet ve mânayı kaybederek ekseriya kör bir taklit halinde kalmaktadırlar.

Zaman faktörüne bağlanan örf ve âdet kabilinden olan kaide ve müesseselerin eski cemiyetlerde oynadığı rol üzerinde durmağa hacet görmeyiz. Bu cemiyetler göreneklerin, atalardan intikal edip gelen an'anelerin, ma'şerî itiyatların âdeta esiri idiler. Rasyonel düşüncelerin ve teknik zekânın henüz inkişaf etmediği cemiyetlerde, münasebetler hayatının büyük bir kısmı göreneklere, örf ve âdetlere bağlı kalmıştır. Ve çok kere bu âdetler, esrarengiz kanaatlere de bürünerek birer kudsiyet almıştır. Böyle olduğu için bunların değişmesi çok güç ve yavaş olmuştur.

Tarihin içtimai kaide ve müessese yapıp yormaktaki rolü bugün de sona ermemiştir. Zamanımızda bile, meselâ İngiltere gibi büyük bir memlekette hukukun ve Devlet nizamının genişçe bir saha kaplayan kısmı henüz örfidir. Yalnız şu var ki, bu faktör zamanımızda müthiş bir düşmanla, rasyonel bilgi ve tefekkür ile çarpışmakta ve ekseriya mağlûp olur görünmektedir. Devrimizde bazı büyük inkılâplar, hususiyle Tanzimattan beri Türkiyemizde vücuda gelen değişmeler, rasyonel tefekkür ile göreneklerin çarpışması ve neticede berikilerin mağlûp olması şeklinde tefsir olunabilir.

c — *Akıl ve iz'an* : İçtimai kaideleri vücuda getiren diğer bir kuvvet de insan aklıdır. Hususiyle bugünkü cemiyet hayatının büyük bir kısım kaideleri, müşterek ihtiyaçlar karşısında düşünen aklın bulunduğu ve takibini hoş gördüğü yollardır. Tekrar edelim ki insan, akıl ve iz'an melesesiyle bezenmiş bir mahlûktur. Ve insan, aklının inkişaf derecesine göre hayat için lâzım gelen kuvvet ve vasitalardan istifade etmeyi ve kendine emin bir hayat yolu seçmeyi bilir. İnsan, eşya ve hâdisat arasında ve etrafında cereyan eden bin bir çeşit vukuat karşısında hayvanlar gibi çaresiz ve pasif kalmıyor; iz'anı sayesinde eşyaya ve hâdiselere

mâna veriyor ve müessir olma çareleri arıyor. Bir insan ile bir maymunu mukayese ediniz : bir hareket ve bir kuvvet vasıtası olarak el, insanda ve maymunda müsavi surette mevcut olan bir uzuvdur. Fakat bu aynı vasıta her ikisinde aynı neticeyi vermiyor. Çünkü insan bu vasıtayı gayesine göre kullanmak ve ondan mümkün olan randımanı almak için maymunda mevcut olmıyan orijinal bir kudrete, akıl dediğimiz sihirkar bir cevhere maliktir. İşte bu cevher ve bu kudret sayesinde ki, insanlar çarpışan menfaatlerine, bin bir çeşit egoistliklerine, hudutsuz hürriyet isteklerine, mütecaviz hırs ve emellerine birer dizgin vurmaya müşterek hayatın başta gelen bir şartı bilmiş, içtimai kaide ve müesseselerin pek çoğu da bundan doğmuştur.

Dikkat edelim ki, bir memlekette müşterek akıl nazari ve tecrübi bilgilerle ne kadar çok zenginleşir; müşterek muhakeme ölçüsü ve iz'an kudreti ne kadar çok inkişaf ederse; o memleketin Devlet nizamı da o kadar mükemmel ve rasyonel bir inkişafa erer. Muhtelif memleketlerin Devlet nizamı arasındaki gerilik ve ilerilik farkı, hakikatte bu nizamı meydana getiren müşterek akıl ve iz'an farkıdır. Hülâsa içtimai kaide ve müesseseler genişçe bir ölçüde muayyen bir cemiyet insanların müşterek ihtiyaçlar karşısında müşterek bir akıl ve muhakeme kudretiyle düşünüp bulduğu hayat imkânları ve selâmet yollarıdır.

Fikri bir misal ile aydınlatalım ve bugünün bütün medeni memleketlerinde hukukun esaslı kaidelerinden biri olan «hakkını şahsan elde etmeğe kalkışmıyacaksın» kaidelerini alalım. Bu kaide, diyoruz, düşünen aklın bulunduğu, doğru ve yerinde gördüğü müşterek bir hayat yoludur. Bunu anlamak için, alacak yüzünden kavgaya tutuşan iki kişi tasavvur ediniz. Kavganın sona ermesi için, üç şıktan birinin tahakkuk etmesi lâzımdır: ya kavgacıardan en kuvvetlisi diğerini alaşağı eder. Yahut bunlar insaf ederek ihtilâfın halli için bir akli erenin hakemliğine başvurur. Yahut da her ikisinden daha kuvvetli ve bitaraf vaziyette üçüncü bir şahıs araya girerek kavgacılara dur! emrini verir ve iki tarafı dinledikten sonra, meselâ, alacak iddiasında bulunan kavgacıya, haksızsın, bu adamın yakasını bırakacaksın, der ve ihtilâfı halleder. Bugünkü medeni cemiyetler, üç şıktan üçüncüsünü tercih etmişlerdir. Çünkü birinci şık cemiyette haşin ve zalim kuvvetlerin çatışması ve tahakkümü yoludur. İkinci şık ise, kavgacıların insafli veya denk kuvvette olduğunu farzeder ki, buna her zaman rastlamak mümkün olmaz. Fakat üçüncü şık aklın saltanatıdır ve cemiyette sulh ve emniyet tesis eden yegâne çıkar yoldur. Dikkat edelim ki, misalimizdeki kavgacıların arasına girip de onları susturacak olan üçüncü şahıs, her ikisinden daha kuvvetli ve bitaraf bir şahıs olmak lâzımdır. Cemiyette en kuvvetlilerden daha kuvvetli ve

bitaraf şahıs, yalnız âmme hükmi şahsı yâni Devlettir. Her kavgacıyı susturup susta durduracak yegâne üstün ve bitaraf kuvvet odur.

İçtimai kaidelerden büyük bir kısmını vücuda getiren kuvvet akıldır derken, bu melekeyi mutlak bir muta değil; tamamiyle nisbî ve izafî bir kuvvet kabul ediyoruz. İnsan, akılı ve diğer ruhî melekeleriyle birlikte umumî tekâmül kanununa tâbidir. Bugünkü medenî cemiyetlerin ferdi, bundan bin sene evvelki fert olmadığı gibi; bugünkü müşterek akıl da bin sene evvelki değildir. Bundan dolaydır ki, içtimai kaidelerin ve cemiyet nizamının asırlar içindeki tekâmülünün ve şekilden şekle girmelerinin sırrını ihtiyaçların tekâmülüyle birlikte tekâmül eden müşterek aklın istihalelerinde aramak lâzımdır. Deminki misali tekrar ele alalım: kimse hakkını şahsan ihkaka kalkışamaz kaidesi müşterek ihtiyaç karşısında müşterek aklın bulduğu hayat yoludur, dedik. Fakat insanlar bu yolu birdenbire ve tesadüfen bulmuş değillerdir. Sosyoloji araştırmaları gösteriyor ki, bizim yukarıda üç ihtimal halinde tasavvur ettiğimiz yollardan üçüncüsünü beşeriyet uzun ve acı tecrübelerden sonra bulmuştur. İnsan, ilk devirlerinde haşin ve zalim kuvvetlerin esiri olarak yaşadıkdan sonra, teknik zekâsıyla birlikte inkişaf eden akılı selimi sayesinde niza ve ihtilâfların evvelâ ihtiyarî hakem usulüyle halli çaresini bulabilmiştir. Bu safhada, misalimizdeki iki kavgacının muvafık kaldığı bir hakem ihtilâfı ele almıştır. Fakat ne bu tahkim, ne de hakemin vereceği kararı kabul etmek taraflar için henüz mecburî değildir. İki taraf hakemin kararını rızalarıyla kabul ederlerse ne âlâ, kavga biter. Taraflardan biri kabul etmezse, kavga yeniden başlar ve diğer tarafın imhasına yahut esir edilip zincire vurulmasına kadar sürer. Beşeriyet bu safhayı da aşmış ve ihtilâfların bitaraf ve âdil bir kuvvet vasıtasıyla mecburî hakemlik kaidesince halli yolunu bulmuş ve bundan bugünkü hâkim ve mahkeme fonksiyon ve müessesesi doğmuştur. Zarurî olarak doğacaktı. İnkişaf eden akıl ve iz'an ve bununla birlikte yükselen moral ve insani duygular beşeriyeti ister istemez mahkeme müessesesine ulaştıracaktı. Çünkü tekrar edelim ki, içtimai kaide ve müesseseler müşterek ihtiyaç ve zaruretler tarlasında akıl ve iz'anın ekip biçtiği mahsuldür.

d — *Maneviyat* : Cemiyet kaidelerinin tekevvününde rol oynayan son ve mühim bir kuvvet de (mâneviyat = moralité) dir. Mâneviyat diye aklımızla iyiliğini ve büyüklüğünü sezdiğimiz, gönlümüzle de tahakkukunu temenni ettiğimiz yüksek ve insani duygu ve tasavvurlara diyoruz. Yukarıda da kaydettiğimiz gibi, insan hayvanlar gibi sadece ihtiyaç duyan ve pratik zekâsıyla ihtiyaçlarını gidermeğe çalışan bir varlık değildir. İnsan, aynı zamanda, gönlünde temiz duygular, yüksek emel ve

idealler besliyen ve, icabında, bunlar uğrunda maddî ihtiyaçlarını unuta-bilen, hattâ hayatını bile feda edebilen mânevî bir benliktir. İnsanı tam olarak tarif etmek için: duyan, bilen, dileyen ve inanan mahlûktur, demek lâzım gelir. Duyma, bilme, dileme ve inanma, işte insan, birbirine ircaı kabil olmıyan bu dört ana meleke ile bezenmiş bir varlıktır. Bunlardan duyma hasesi, insanın fizyolojik varlığının neticesidir. Bilme ise akıl ve zekânın, dileme irade kudretinin, fakat inanma en yüksek ve sırf insanî bir meleke halinde ferdin mânevî oluşunun tezahürüdür. Hayvan da duyar. O da akıl ve iradeye benzer bir takım insiyak ve itiyatlara sahiptir. Fakat, diyorum, inan ve iman yalnız insana mahsustur. Şuur hallerinin en yükseği ve en insanisi olduğu içindir ki, inan, camia hayatının da en derin temelidir.

İçtimaî kaideler, hususiyle, bunlardan içtimaî hayatın üstün safhasını temsil ve tanzim eden hukuk kaideleri, ne yalnız ihtiyaçların ve müşterek itiyatların, ne de sadece akıl ve iz'an kuvvetinin esesleridir.

Bunlar aynı zamanda, akla ve ihtiyaçlara kumanda eder ve direktif verir şekilde, yüksek duygu ve insanî tasavvur ve ideallerin tercümanıdır. İçtimaî kaideleri, pozitivistlerin gördüğü gibi, sırf içtimaî tesanüt ve bağlılık vâkıasının mekanik bir ifadesi görmek, lokomotifin makinesini görüp de kalörü haznesini unutmaktır. İnan ve ideal, içtimaî kaide ve nizamın canı ve kalörü kaynağıdır. Yukarıdaki misali bir defa daha hatırlıyalım : «kimse, hakkını şahsan ihkaka kalkışamaz» kaidelerini doğuran âmillerden biri, şüphe yok ki, câmiada tesanüdü ve bağlılığı korumak ve bu sayede anarşiye meydan vermemek gibi müşterek ihtiyaç karşısında düşünen aklın kuvvetidir. Fakat bir diğer âmil de cemiyette zayıfları himaye etmek ve bunları zalim kuvvetlerin pençesine terkedip inletmemek gibi mânevî bir duygu ve insanî bir tasavvurdur. Yine meselâ, umumî ve mecburî askerlik kaidesi bir taraftan vatan müdafaası uğrunda duyulan reel ihtiyaçlar karşısında düşünen aklın eseri olmakla beraber, diğer taraftan da hür bir millî câmia içinde hür bir insan olarak yaşama idealinin ifadesidir. Hukukun hürriyet ve müsavat gibi yüksek fikirleri ve bu fikirlerin tahakkuku için vücuda getirilen kaide ve müesseseler hep birer inan ve idealin tercümanıdır.

4 — İÇTİMAÎ KAİDELERİN MECBURİLİKLERİNİN MENŞEİ

Bunların nereden ve nasıl doğup tekevvün ettiklerini gördükten sonra, artık bu kaidelerin mecburî oluşlarının sebep ve menşeiini anlamak bir hayli kolaylaşmıştır. Mademki içtimaî kaideleri yapıp yuvuran

âmilleri hayat ve münasebetler bünyesinde (potentiel) bir şekilde saklı bulunan bir takım reel, tarihi, rasyonel ve moral kuvvetlerdir; o halde, bunların mecburîliklerinin menşei ve hakikî kaynağı da aynı kuvvetler olmak lâzım gelir. Şu halde, meselâ «kimsenin canına kasdetmiyeceksin» kaidelerinin mecburiliği ve âmirliği, bunu dikte eden içtimai kuvvetlerden yâni müşterek emniyet ve sulh ihtiyacıyla bu ihtiyaç üzerinde düşünen ve bunun temini çaresini arayan müşterek aklın ve müşterek ahlâk ve insani duygu ve tasavvurlarımızın kuvvetinden çıkmaktadır. Böyle olduğu içindir ki, bu kaideye aykırı bir hareket, cemiyetin müşterek vicdanında şiddetli bir reaksiyon ve cemiyet muhitinde bir kıvılcıktan doğmaktadır. Müşterek akıl ve inan, bir nevi fiil ve münasebete tatbik edilecek kaideyi ne derece zarurî ve hayati addederse; kaidenin ehemmiyeti, kuvveti ve müeyyidesi de o nisbette büyümektedir. Şüphesiz ki, can emniyeti içtimai hayatın en zarurî bir lâzimesidir. Binaenaleyh bu emniyeti formüleştiren kaide nihai bir müeyyideye bağlanmak lâzımdır ve fiiliyatta bağlanmıştır ki, bu müeyyide idamdır.

Şu halde, içtimai kuvvetlerden doğan bu kaideler, bu sebeple içtimai vicdanın objektif birer elemanı halini almaktadır. Bundan dolayıdır ki, bu kaidelere tecavüz, câmianın müşterek vicdanına tecavüz teşkil etmekte ve bu vicdanı incitmektedir. Filhakika, hususiyle millileşen bir camianın müşterek ihtiyaç ve menfaatleri, ma'şerî itiyatları, müşterek aklı yâni görüş ve anlayış tarzları, müşterek duygu ve ülküleri (homogène) bir bütün vücuda getirir ve tıpkı bir beyin gibi bir nevi reaksiyon merkezi halini alır ki, bilindiği gibi, buna sosyoloğlar müşterek veya ma'şerî vicdan diyorlar. İnsandaki göz, kulak, el ve ayak ferdi şuur ve vicdanın bedeni ve harici elemanları olduğu gibi; içtimai kaide ve müesseselerde camianın müşterek vicdanını haricileştiren, buna birer organ hizmeti gören elemanlardır. Bir insanın gözüne vurulan bir yumruk, derhal ferdi vicdanı incitip harekete getirdiği gibi; içtimai kaide ve müesseselere vurulan bir darbe, yapılan bir tecavüz de derhal camia vicdanını harekete getirmekte ve reaksiyon doğurmaktadır.

Müşterek yahut ma'şerî vicdan nedir? Bunu bilmiyoruz. Nitekim ferdi vicdanın ne olduğunu da bilmiyoruz. Ferdi vicdan gibi, müşterek vicdanın ne olduğunu aramak hukukçuya değil, belki metafizikçiye aittir. Biz ferdi vicdanın varlığını yalnız tezahürleri yâni şuur halleriyle anladığımız gibi, câmia vicdanının varlığını da yine tezahürleri yâni reaksiyonlarıyla anlıyoruz. Ferdin menfaatine, izzeti nefsine, duygu, kanaat ve inanlarına bir tecavüz vaki olduğu zaman, onda derhal bir reaksiyon hasıl olduğunu müşahade ediyoruz. Rengi değişiyor, asabı titremeye başlıyor, kanı beynine hücum ediyor, hülâsa fertte bir hareket,

bir değişme ve bir reaksiyon beliriyor. Bunu görerek ferdin menfaatleri, izzeti nefsi, duygu, kanaat ve inanları vicdanının mânevî birer elemanıdır, diyoruz. Bunun gibi, içtimai vicdanı da tezahürleriyle tanıyor ve bu tezahürlerden istidlâl ederek bu vicdanın varlığına hükmediyoruz. Teşekkül etmiş ve milli şuurunu bulmuş bir câmianın da bütünlüğe, müşterek hayati menfaatlerine, müşterek duygu ve mukaddesatına tecavüz edildiği zaman, burada da bir reaksiyon müşahede ediyor, binlerce insan kalbinin birden attığına, hamle ve heyecan âsârı gösterdiğine şahit oluyoruz. Buna binaen fert gibi, câmianın da bir nevi müşterek vicdana sahip olduğuna hükmediyoruz.

İmdi, kaideleşen ve birer içtimai müessese halini alan müşterek ihtiyaç ve menfaatler, müşterek anlayış ve görüşler, müşterek inan ve ülküler bu vicdanın objektif elemanlarıdır. Ve içtimai vicdan dediğimiz şey, bu müşterek varlık ve kuvvetlerin birbiriyle kaynaşarak vücuda getirdiği bir bütündür. Yine şu halde, içtimai kaidelerin mecburiliği, bunların birer müşterek kuvvet muhassalasından ibaret olan içtimai vicdanın objektif elemanları olmasından ileri gelmektedir.

5 — İÇTİMAİ KAİDELERİN TASNİFİ

İçtimai dediğimiz kaidelerin hepsi mecburî ve emperatiftir. Ancak bu mecburilik bunların hepsinde aynı değildir. Çünkü bunların hepsi hayat ve cemiyet için aynı bir şiddet ve kuvvette değildir. Meselâ «insan içine çıkarken yaşına ve başına göre giyineceksin» gibi bir kaide ile «kimseye zarar vermeyeceksin» kaidesi camia hayatını aynı derecede alâkalandırmaz ve camia nizamında aynı bir rol oynamaz. Beriki bütün bir camia muhitinin hayat ve münasebetlerini alâkalandırdığı ve içtimai nizamın can damarını teşkil ettiği halde; öteki mahalli ve mahdût bir zümreyi alâkalandırır ve cemiyet nizamının kurulmasında ve devamında nisbeten daha hafif bir rol oynar. Bunun içindir ki, berikin uyandırdığı reaksiyon şiddetli ve teşkilâtlıdır; ötekinki ise zayıftır ve yaygındır. Başkasına zarar veren, hususiyle başkasının can, mal ve mülküne tecavüz eden kimse camia nizamının muhafazasına memur olan kuvvet ve teşkilât tarafından takip ve tecziye olunur. Halbuki acayip bir kıyafetle insan içine çıkan kimse, sadece ayıplanma ve gülüşme ile karşılaşır.

İmdi ihtiva ettikleri mecburiliğin şiddet ve kuvveti bakımından, cemiyet hayatının kaideleri kendi aralarında gruplaşır ve gruplar arasında bir kıymet ve ehemmiyet kademeleşmesi teessüs eder ve her grup muayyen bir nevi münasebetin nizamını vücuda getirir.

Aşağıdan başlamak üzere, ilk grupu müşterek âdet ve görenekler, edeb, nezaket ve moda kaideleri teşkil eder ki, bunların vücuda getirdiği nizama «ma'şeri itiyatlar nizamı» diyebiliriz. Bunun bir kademe üstünde maddî ihtiyaçlarımızı temin yolunda sarfettiğimiz faaliyet kaideleri grupu gelir ki bu da «iktisadî nizamı» teşkil eder. Bunun da üstünde iyilik ve insanîlik duygularımızın ifadesi olan ahlâk kaideleri grupu ve «ahlâkî nizam» ve nihayet merdivenin son basamağında da hukuk kaideleri grupu ve «hukuk nizamı» yer alır.

Dikkat olunsun ki, umumî cemiyet nizamı içindeki işbu kaide gruplaşması ve kademeleşmesi, tarihi tekâmülde nisbeten yeni bir hâdisedir ve medeniyette ilerlemenin bir nicesidir. Eski ve iptidaî cemiyetlerde baştan aşağı içtimaî hayat tek ve yeknasak bir bütün halindedir. Meselâ klân hayatında ahlâk, din, hukuk, âdet, görenek hep aynı cinsten ve ehemmiyetten şeylerdir. İnsaniyet fikrî ve teknik tekâmülde ilerledikçe ve camia şuuru inkişaf ettirdikçedir ki, içtimaî kaideler arasında, evvelâ müphem, sonraları berraklaşmak üzere bir gruplaşma doğmuştur. Camia içinden bir kısım fertler çıkıp da âmme ihtiyaç ve menfaatlerini koruma ve camianın varlığını ve birliğini müdafaa etme gayesiyle siyasi bir teşkilât kurunca hülâsa Devlet dediğimiz kuvvet ve otorite doğunca; fiiller ve münasebetler arasında bir kıymet ve ehemmiyet kademeleşmesi zuhur etmiş; kaidelerden bazıları diğerlerine nazaran hususî bir ehemmiyet almıştır. Devlet fikri ve teşkilâtı kemal buldukça, bu ehemmiyet kademeleşmesi daha büyük bir vuzuh kazanmış ve nihayet zamanımızda içtimaî hayat ve münasebet kaideleri hem açıkça gruplaşmış, hem de gruplar arasında kesin bir kademeleşme husule gelmiştir.

Şu noktaya da dikkat olunsun ki, bu kıymet kademeleşmesinde gruplar arasında kat'î ve geçilmez bir sınır yoktur. Bilâkis gruplar birbiriyle daima münasebette; zamana, mahalle ve icaba göre, bunlar birbirine kaide vermekte ve birbirinden kaide iktibas etmektedir. Meselâ dün hukuk grupuna dahil olan bir kaide, bugün bu gruptan çıkar. Eskiden sırf ahlâkî görülen bir kaide, günün birinde hukuk grupuna geçiverir. Eskiden sırf bir âdet halindeki bir kaide, günün birinde hukukî bir kıymet alır. Sonra, aynı bir kaide bir kaç gruba girebilir ve meselâ, hem ahlâk, hem din ve hem hukuk kaidesi olabilir. Siviller arasında selâmlaşmak sırf bir nezaket ve muâşeret kaidesi olduğu halde, askerler arasında selâmlaşmak hukukî bir kaidedir. «Verdiğin sözü tutacaksın» kaidesi, hem din, hem ahlâk, hem bir hukuk kaidesidir. Hukukta bütün akitler ahkâmı bu kaideye dayanır. Hususiyle din ile ahlâk, ahlâk ile hukuk ve iktisat arasında kaide alıp vermeler daimidir. Bugün hukukun

büyük ve mühim sayılan kaidelerinin pek çoğu aynı zamanda ya birer ahlâk veya iktisat kaidesidir.

6 — KAİDELERİN TASNİFİNDE TATBİK EDİLECEK MİYAR

Gruplar arasındaki bu sıkı münasebetlere ve bu kaide alıp vermelere rağmen, muayyen bir memlekette ve muayyen bir zamanda içtimai kaidelerden hangilerinin hangi bir gruba ve nizama ait olduğunu tayin etmek de güç değildir. Bu hususta elimizde bir kaç miyar vardır.

a) *Muhteva miyarı*: İçtimai kaidelerden bir kısmı fiilin sübjektif mesnedi ve muhtevasiyle alâkadar olmaz. Failin niyet ve maksadının iyi veya kötü olmasını nazara almaz. Sırf fiilin haricî manzarasına bakar. Bunlar âdet, görenek, moda şeklindeki kaidelerle muâşeret kaideleridir. Dikkat ederseniz, bütün bu nevi kaideler, failin maksadını nazara almaksızın hükmünü fiilin sırf haricî şekline göre verir.

Buna mukabil, bir kısım kaideler de fiilin haricî şekli ve manzarasıyla alâkalanmaz, sırf failin iyi veya kötü maksadına bakar ve hükmünü ona göre verir. Bunlar da umumiyetle ahlâk grupuna dahil kaidelerdir. Meselâ, yolda giderken bir küçük çocuğa çarparak onu düşürmemek maksadıyla fevri bir ilkinme yapar da yanından geçen bir başkasını incitirsem, ahlâk nazarında mazûrüm. Çünkü maksadım kötülük yapmak değildir.

Nihayet bir kısım kaideler de failin maksat ve niyetini nazara almakla beraber fiilin haricî şekline ve neticesine de kıymet verir. Bunlar da hukuk kaideleridir. Meselâ sırf kaza eseri olarak bir kimseyi öldüren, ahlâkan bir kötülükte bulunmamıştır. Bu kimseyi ahlâk muahaze etmez. Fakat, netice itibariyle, hukukun «kimseyi öldürmiyeceksin» kaidesine aykırı hareket etmiştir. Yalnız, kötü niyetli olmaması kendisi için bir mazeret sebebi teşkil eder ve cezası hafifler.

b) *Şekil miyarı*: İçtimai kaidelerden bir kısmı formeldir, muayyen bir şekil almıştır. Bunlar kanunname ve nizamnamelerde her kelime ve cümlesi düşünülüp iyice tartılarak madde şeklinde yazılmış ve muayyen bir forma bağlanmıştır. Ve bu sayede bu kaideler bir vuzuh ve kesinlik kazanmıştır. Bunlar büyük bir kısım hukuk kaideleridir. Hukuktan başka olan kaideler ise şekilli değildir, binaenaleyh vuzuh ve kesinlikten mahrumdur.

c) *Müeyyide miyarı*: İçtimai kaidelerden bir kısmının müeyyidesi, yâni bu kaidelere aykırı hareket halinde zuhur edecek reaksiyon sırf

mânevidir. Bunlar ahlâk, din, âdet, âdâbı muâşeret kaideleridir. Müş-terek âdet ve âdâba riayet etmezsem, ayıplanırım; ahlâka aykırı hareket edersem, mânevî bir azap duyarım, mâbuda kulluk etmezsem günahkâr olurum. Ayıplanmak, azap duymak, günahkâr olmak hep birer bânevî yani sübjektif neticedir.

Kaidelerden bir kısmının müeyyidesi maddî ve malî bir zarardır. Bunlar da iktisadî hayat kaideleridir. Bir fabrikacı maliyet fiyatıyla satış fiyatı arasındaki farkı önceden düşünüp hesaphıyarak mal imal etmezse, neticede zarar eder. Binaenaleyh zarar iktisadî kaidelerin müeyyidesidir.

Nihayet, içtimai kaidelerden bir kısmının müeyyidesi de temerküz etmiş ve teşkilâtlanmış bir otorite, yâni Devlet tarafından tatbik olunan maddî bir cebirdir. Bunlar da hukuk kaideleridir. Cana kasteden kimse, Devlet kuvveti önünde bunu canıyla ödemeye mecbur olur. Borcunu öde-miyen kimse, aynı kuvvet marifetiyle ödemeğe cebrolunur.

7 — DEVLET NİZAMININ UMUMİ CEMİYET NİZAMI İÇİNDEKİ YERİ

Şu halde, dikkat edelim, içtimai dediğimiz kaidelerden Devlet otoritesine dayanan yalnız hukukî olanlardır. Yâni fiilde hem niyet ve hem şekil arayan ve aynı zamanda maddî bir cebir ve tazyik kuvvetine dayanan formel kaidelerdir. Bunlardan başka olan içtimai kaideleri yürüten kuvvet sırf mânevî yahut iktisadî mahiyette sivil bir kuvettir. Fakat hukuku teşkil eden kaidelerin mecburîliğini ve yürürlüğünü temin eden, yalnız mânevî ve iktisadî kuvvetler değil, aynı zamanda ve bilhassa Devlet halinde temerküz eden ve teşkilâtlanan resmî ve siyasî bir kuvettir. Her hukuk kaidesinin arkasında, kaidenin kefilî ve koruyucusu şeklinde, bu kuvvet hazırır. Bazan sırf bekçi vaziyetinde kalır; bazan bilfiil harekete geçer; bazan maddî bir cebir halinde zuhur eder ve zecrî bir müeyyide (sanction repressive) şekli alır; bazan da tazmin veya bozulan vaziyetin hali sabıkası iadesi şeklinde kendini gösterir (sanction restitutive). Fakat her hal ve kârda bu kuvvet, hukukî mahiyet taşıyan kaidelere arka verir. Hukuktan başka olan bütün içtimai kaideler bu kuvvet ve imtiyazdan mahrumdur. Ve bu imtiyaz sırf hukuka mahsustur. Şu halde ve netice itibariyle, içtimai kaideler içinden Devlet nizamına giren ve bu nizamı vücuda getirenler yalnız hukuk kaideleridir.

İşte umumî cemiyet nizamı içinde Devlete, yâni siyasî otoriteye mevzu olan daha mahdut nizamın mahiyet ve hususiyeti. Görülüyor ki

bu nizam, câmîa hayatının bütün münasebet ve kaidelerini değil; bunlar içinden yalnız mahdut bir kısmını, hukukî olanlarını ihtiva eder ve yalnız doğrudan doğruya bunları himayesi altına alır.

Gerçi, içtimaî hayatın diğer münasebet ve kaideleri Devlet muhiti dışında cereyan eden ve havada uçan şeyler değildir. Bunlar da bu muhit içinde tekevvün etmekte, doğup yaşamaktadır. Şu kadar ki, bunlar Devlet vasfı ve teşkilâtı alan bir câmianın, bu vasıf itibariyle, üstünde oturduğu nizam çerçevesinin dışında ve câmianın sırf sivil hayatına münhasır kalır. Bu suretle camia hayatı, hususî (privé) ve resmî (public) olmak üzere iki sahaya ayrılır. Resmî saha münasebetlerine ait kaideleri hukuk, hususî hayat sahası kaidelerini ise diğer içtimaî disiplinler verir. Muayyen bir devlette bu iki sahadan hangisi daha geniş olursa, ona göre o Devlet liberal veya totaliter bir şekil alır. Liberal Devletlerde hususî hayat sahası daha geniştir ve bu sebeple, fert üzerinde resmî otoritenin baskısı daha hafiftir. Halbuki totaliter Devletlerde, bilâkis, resmî saha anormal bir genişlik peyda etmekte ve fert için rahatça nefes alma imkânı ortadan kalkmakta, herkes resmîyetin kölesi haline girmektedir. Bu sebeple bu çeşit Devletler, ister istemez, otoriter bir gidiş almaktadır⁵.

8 — İÇTİMAİ KAİDELERİN HUKUKİLEŞEREK DEVLET NİZAMINA GEÇMESİNİN SIRRI

Buraya kadar verdiğimiz izahlardan anlaşılacağına göre, sosyolojik bir zaviyeden bakılınca; hukuk kaideleriyle içtimaî hayatın diğer kaideleri arasında menşe ve teşekkül itibariyle asla bir fark yoktur. «Kimsenin canına kasdetmiyeceksin», «borcunu ödiyeceksin» kaideleri ne ise, «kimsenin gönlünü incitmiyeceksin», «masrafını gelirine göre ayarlıyacaksın», «başkaları yanında gülünç olmayacaksın» gibi örfî, iktisadî ve ahlâkî kaideler de aynıyle odur. Bunların hepsi, hayat ve münasebetleri sevk ve idare eden sosyal kuvvetlerden doğmaktadır.

Hattâ tahlilde daha ileriye giden bazı hukukçu müellifler⁶, hukuk kaidelerinin kendilerine mahsus bir mahiyet bile taşımadıklarını ve içtimaî kaideler arasında hususî mahiyette bir hukuk kaideleri kategorisi bulmak mümkün olmadığını söylemektedirler. Her hukuk kaidesi, mahi-

5) Bu nokta ve bu tasnif üzerinde bakınız: Vatandaş hürriyeti ve bunun teminatı, A. Fuad Başgil, Hür Fikirleri Yayma Cemiyeti neşriyatı, No. 1.

6) Meselâ L. Duguit, bakınız: traité de Droit Consti. 3. bası, cilt I, sah. 92.

yeti itibariyle, ya ahlâki, ya örfi yahut da iktisadidir. Örf ve âdetler ise ya ahlâka veya iktisada irca edilebildiğine göre; denilebilir ki, hukuk baştan aşağı ya ahlâk veya iktisattır. Şu halde ve netice itibariyle, hukukî bir kisveye bürünerek Devlet nizamı dediğimiz disiplin örgüsünü vücuda getiren kaidelerin bu kisvesi çıkarılıp da mahiyetlerine bakılırsa, bunlar ya ahlâk veya iktisat kaideleridir.

Fakat, derhal ilâve edelim ki, hepsi değil. Ahlâk ve iktisadın her kaidesi aynı zamanda hukukî değildir. Devlet otoritesi, resmî bir nizam ve disiplin kurmak üzere ahlâk ve iktisadın bütün kaidelerini değil; bunlar içinden muayyen bir kategoriye seçip almakta ve diğerlerini camianın sivil hayatına terketmektedir. İşte hukuk, Devletin ahlâk ve iktisattan seçip aldığı ve hususî bir himaye kuvvetine mazhar ettiği kaidelerdir.

Hukuk kategorisine geçen ve bu sayede Devlet nizamına mevzu ve âmme otoritesinin hususî himayesine mazhar olan, ahlâk ve iktisadın hangi mutlu kaideleridir? Nasıl bir esrarengiz imtiyaz ile bu kaideler resmîyet alıyor da, diğerleri sırf sivil vasıfta kalıyor? Bu geçişin zamanını tâyine ve esrarını keşfe imkân var mıdır? Bununla meselemizin can noktası üzerindeyiz.

Biz yine burada da hararetli doktrin münakaşalarına girişmeyecek ve sırf müşahedelerden hareket ederek diyeceğiz ki; muayyen bir memlekette ve muayyen bir zamanda ahlâk ve iktisadın hukuk kategorisine geçen kaideleri câmianın müşterek vicdanınca, müşterek efkâr ve görüşlerince hukukîleştirilmesi yâni formüle edilerek âmme otoritesinin himayesi altına konulması lâzım ve zarurî sayılanlardır. İhtiyaç ve zaruretler önünde yahut idealler peşinde müşterek efkâr, kanaat ve görüşler, içtimâî kaidelerden bazılarına; icaba, zamana ve muayyen bir medeniyet seviyesine göre, hususî bir ehemmiyet ve kıymet veriyor. Bunları gerek ferdi ve gerek milli hayatın selâmet ve menfaati için birer mühim şart telâkki ediyor ve bu kaidelerin muhafazasını, bunlara riayetinin teminini ferdin veya mahdut ve mahalli bir zümrenin takdirine bırakmıyarak, Devlet himayesine tevdiini ve Devlet nizamına sokulmasını istiyor. İşte âmmenin bu takdir ve teveccühüne mazhar olan ahlâk ve iktisat kaideleridir ki, buldukları kategoriden çıkıp, hukuk grubuna geçiyor.

Dikkat edelim ki, bu geçiş bu kaidelerin ahlâki ve iktisadi mahiyetlerini gidermiyor. Bu geçişte değişen, sırf bir cübbe ve üniformadır. Şapka ve kürk nasıl insanların mahiyetlerini değiştirmiyor ve onlara yeni bir cibillet bağışlamıyorsa; hukuk cübbesi de kaidelerin ahlâki ve iktisadi mahiyet ve cibilletlerini değiştirmiyor. «Verdiğin sözü tutacaksın» kaidesi, Medenî Kanununun akitler ahkâmının temelini teşkil etmek üzere hukuka geçerken, ahlâki mahiyet ve değerini kaybetmiyor; sadece

bu mahiyet ve değere hukukî (= juridique) bir vasıf ve değer daha inzimam ediyor ve bu sayede kaidenin kuvvet ve kıymeti katmerleşiyor. Bir misal ile konuşalım : Farzedelim ki, filân gün, filân yerde, filân saatte buluşmak üzere biriyle sözleştiğim halde mazeretsiz olarak gitmedim. Bu hareketimle «verdiğin randevuya vaktinde gideceksin» şeklinde bir içtimai edeb kaidesine aykırı bir iş yapmış oldum. Neticede söz verdiğim kimseye karşı yüzüm kızarmakla kalırım. Yine farzedelim ki, filân gün ödemek üzere, birinden borç aldım ve gününde ödemedim. Burada da «borcunu vaktinde ödiyeceksin» yolundaki bir hukuk kaidesine aykırı hareket etmiş oldum. Fakat bu takdirde Devlet müdahalesine maruz kalır ve borcu ödemeye cebrolunurum. Bu iki halin her ikisinde de aynı bir ahlâk kaidesine «verdiğin sözü tutacaksın» emrine aykırı bir hareket vardır. Şu kadar ki, birinde söz verdiğim kimseye karşı yalnız yüzüm kızarmakla kaldığım halde, diğesinde yakama Devlet einin yapıştığını görüyorum.

Şu halde, içtimai kaidelerden bazılarının hukukî bir vasıf ve imtiyaz alması, bunların haiz oldukları reel bir kıymetten dolayı değil; sadece müşterek vicdan ve efkârın bunlara hususî bir kıymet vermesinden ileri gelmektedir. Fakat, dikkat olunsun ki, müşterek vicdan ve efkâr bu kıymeti mekanik bir surette ve tesadüfi bir şekilde vermiyor. Bilâkis, reel rasyonel ve moral mutalara dayanarak veriyor. Misalimizde müşterek vicdan ve efkâr, randevuya gelmeyen bir atlatıcının bu hareketiyle borcunu ödemeyen bir bataçının hareketini câmia hayatı ve selâmeti için aynı bir kıymet ölçüsünde görmüyor. Çünkü berikinin hareketi, sadece verdiği sözü tutmamak gibi, ahlâkî bir netice ile kalmıyor; aynı zamanda içtimai, sulha ve camianın iktisadî münasebetlerindeki emniyet lâzımına müessir oluyor. Demek ki, borcunu ödemekten imtina eden kimse- nin, camia kuvveti vasıtasıyla ödemeye mecbur tutulmasını isteyen müşterek vicdan bu hususta şuuraltı bir direktife, aklın, hakkaniyet ve adalet duygularının emrine tâbi oluyor.

Bundan dolayıdır ki, bir zamanda ve muayyen bir memlekette içtimai edeb kaidesi kabilinden yahut ahlâkî ve iktisadî değerde olan bir kaide; başka bir zamanda, muhit ve medeniyet şartlarıyla müşterek efkâr ve görüşler mihveri değişince hukukî bir vasıf alır. Yahut da, bunun aksine olarak, hukuk kaidesi vasfını kaybeder. Meselâ, eskiden sokağa sümkürmek sadece içtimai edeb ve temizlik kaidesine aykırı bir hareket telâkki olunmakta iken, bugün belediye nizamıyla yasak edilmiş yâni hukukîleşmiştir. Yine meselâ Milli Korunma Kanunundan evvel, kira akdi serbest ve iktisadın arz ve talep kaidesine tâbi iken, bu kanun ile hukukan takyit edilmiş ve Devlet mürakabesine bağlanmıştır.

Velhasıl, içtimaî kaidelerden bazılarının hukukîleşip Devlet kuvvetiyle arka vermesinin sırrını bunların bizzat mahiyetlerinde değil; Duguit'nin diliyle «ferdî vicdanlar kütlesi» nde, yahut Durkheim sosyolojisi tâbiriyle «ma'serî vicdan» da aramak lâzımdır.

HÜLÂSA VE NETİCE

Görülüyor ki, Devlet nizamı dediğimiz disiplin örgüsü, netice itibarıyla, hukukî bir nizamdır. Çünkü hukukî nizam, içtimaî kaidelerden formüle edilip maddî bir cebir ve tazyik müeyyidesine bağlanmış olan-husule gelen bir sistemdir. Devlet nizamı ise, gördük ki, bu sistemin kendisidir. Şu halde bu iki nizam arasında bir nevi muadelet hattâ mutabakat vardır. O suretle ki, Devlet nizamına giren her münasebet ve kaide hukukîdir, yâni tekrar edelim, maddî, mütemerkiz ve teşkilâtlı bir cebir ve tazyik kuvvetiyle teyit ve temin edilmiştir. Her hukuk kaidesinin arkasında, kâh intizar ve kâh hareket halinde, yaman bir bekçi vardır ki, bu da Devlet kuvvetidir. Binaenaleyh Devletle hukuk arasında gayet sıkı bir irtibat, münasebet ve hattâ, dediğimiz gibi, bir mutabakat mevcuttur. Devlet nizamı, câmia içindeki münasebet ve kaidelerden yalnız hukukî olanlarını ihtiva eder ve Devlet nizamına giren her münasebet ve kaide zarurî olarak hukukî vasfını alır.

Fakat bu irtibat ve mutabakata bakarak, bu iki disiplin örgüsü arasında aynılık vardır denilebilir mi? Arkasındaki Devlet kuvvetini göreyerek, hukuku Devlet icat ve tesis eder denilebilir mi? Bütün hukuk, bir zamandaki Devlet nizamını ifade eden kanunlardan mı ibarettir? Değil ise, Devletle hukuk ve hukuk ile kanun arasındaki münasebetin mahiyeti nedir?

Bu nokta bizi Devlet nazariyesinin nazik ve çetin bir meselesiyle karşılaştırmaktadır. Gerçi biz yukarıdaki izahlarla bu çetin meselenin halli için takip edilmesi gereken yolu gösterebildik sanıyoruz. Fakat herkes meseleye bizim zaviyemizden bakmamakta ve Devlet ile hukuk arasındaki münasebeti bizim gibi anlamamaktadır. Bilindiği gibi, bu hususta eskidenberi ileri sürülen bir çok nazariye ve izah şekli vardır. biz burada bütün bu nazariyeleri bahis mevzuu edecek değiliz. Yalnız en meşhurlarından bir ikisine çarçabuk göz gezdirdikten sonra kendi görüşümüzü teklif edecek ve bunu mütefekkir hukukçularımızın tenkit nazarına arzedeceğiz.

(Devam edecektir)